

## A CESSÃO DE CRÉDITOS FUTUROS E A INSOLVÊNCIA

### A POSIÇÃO DO CESSIONÁRIO NA INSOLVÊNCIA DO CEDENTE

TIAGO RAMALHO (\*)

**SUMÁRIO:** Nota prévia. § 0. Objecto do trabalho. § 1. A cessão de créditos em geral e a legitimidade substantiva. § 2. A cessão de créditos futuros. I. Noção operativa de crédito futuro. Defesa da aplicabilidade do artigo 408.º para a determinação do momento da transmissão do crédito. II. Sentido do princípio da consensualidade. A alienação de um direito futuro e a constituição de uma preferência na afectação. III. Limites da penhorabilidade do crédito. IV. A relação cedente/cessionário. Recorte do estado de afectação de bens. V. Apreciação dos artigos 821.º e 1058.º do Código Civil à luz da doutrina exposta. VI. As hipóteses de aplicação do artigo 1184.º do Código Civil. VII. As teorias da *Direkterwerb* (imedição) e da *Durchgangserwerb* (transmissão). Sua pertinência à luz do Direito português. § 3. O regime insolvencial da cessão de créditos futuros. I. Apreciação do artigo 115.º/1 do CIRE. II. Apreciação do artigo 115.º/2 do CIRE. III. Recorte de um regime geral para a cessão de créditos futuros: a) As relações entre cedente e cessionário. IV. Cont. b) As relações entre cedente e devedor. V. Apreciação de possíveis objecções à doutrina exposta.

#### NOTA PRÉVIA

*O presente artigo, com breves alterações, foi por mim apresentado no âmbito do Practicum em Direito Civil orientado pelo Prof. Doutor L. Miguel Pestana de Vasconcelos, integrante da parte curricular do Mestrado em Ciências Jurídico-Privatísticas da FDUP, no ano lectivo de 2010-2011. Consubstancia, pela sua natureza, uma análise necessariamente breve ao regime insolvencial da cessão de créditos futuros, sendo muitos os pontos que só fugazmente se enunciam e vários, também, os que não puderam ser abordados.*

---

(\*) Assistente convidado da FDUP.

*Em função do contributo para este trabalho, não queria deixar de agradecer ao Senhor Prof. Doutor M. Pestana de Vasconcelos e ao Senhor Dr. José Tavares de Sousa.*

## § 0. OBJECTO DO TRABALHO

A presente reflexão visa apurar o regime insolvencial da cessão de créditos futuros, em particular a posição do cessionário na insolvência do cedente. Para o efeito, abordar-se-á, primeiro, alguns traços essenciais do regime geral da cessão de créditos (§ 1) e do regime da transmissão de créditos futuros, com especial enfoque no momento da transmissão do direito (§ 2), para, depois, se procurar decantar o respectivo regime insolvencial (§ 3) <sup>(1)</sup>.

## § 1. A CESSÃO DE CRÉDITOS EM GERAL E A LEGITIMIDADE SUBSTANTIVA

A cessão de créditos encontra-se consagrada, entre nós, como o *efeito* de um contrato que tem por objecto a transmissão de um crédito <sup>(2)</sup>. Assim, a sua estrutura convoca a interacção entre três esferas jurídicas: a do devedor (do crédito), a do cedente e a do cessionário.

Deste modo, a análise do seu regime à luz da categoria da legitimidade das partes (para a produção, por via de negócio jurídico, dos efeitos que acordem) <sup>(3)</sup> pode, sob um duplo prisma, afigurar-se do maior relevo.

<sup>(1)</sup> Siglas e abreviaturas utilizadas: BMJ — Boletim do Ministério da Justiça; cfr. — confrontar; cit. — citado; CC — Código Civil; CIRE — Código da Insolvência e Recuperação de Empresas; esp. — especialmente; n. — nota; n.º/n.ºs — número/números; n.ºm. — número à margem; ob. cit. — obra citada; p./pp. — página/páginas; RFDUP — Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto; RLJ — Revista de Legislação e de Jurisprudência; ss. — seguintes; tb. — também; Themis — Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa; v. — *ver.* À falta de outra indicação, e salvo quando do contexto resulte outra referência, os artigos citados sem referência à fonte integram o Código Civil.

<sup>(2)</sup> V. L. M. PESTANA DE VASCONCELOS, *A Cessão de Créditos em Garantia e a Insolvência — Em Particular da Posição do Cessionário na Insolvência do Cedente*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 374-375 (citado por: *A Cessão*), MENEZES LEITÃO, *Cessão de Créditos*, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 285, 290 (citado por: *Cessão*).

<sup>(3)</sup> V. a sucinta e muito clara exposição de BIANCA, *Diritto Civile*, III, *Il Contratto*, Dott A. Giuffrè Editore, Milão, 1984, pp. 65 e ss. (n.º 27). Entre nós, a primeira aborda-

Em primeiro lugar, parece revelar a *ratio* da protecção que se oferece ao devedor cedido no regime da cessão de créditos. Na medida em que a *legitimidade* é balizada, num dos seus traços essenciais, pelo princípio da relatividade dos contratos (entendido no seu sentido mais restrito: as obrigações emergentes do contrato só vinculam as partes e só podem ser modificadas por acordo entre elas, sob pena de ineficácia), a desnecessidade do consentimento do devedor para a eficácia da cessão leva a que não possa haver qualquer agravamento jurídico (não necessariamente fáctico) da sua posição. Logo por aqui se vê que a compatibilização entre a relatividade contratual e o regime da cessão se dá pela *autonomização* do direito à prestação, que passa a ser um valor autónomo do património do credor. Destrinchando-se analiticamente tal direito à prestação da prestação propriamente dita (que se mantém com o mesmo conteúdo e elementos de tempo e de lugar), *possibilita-se dogmaticamente* a cessão de créditos: a obrigação já não “adere aos ossos do credor” <sup>(4)</sup>, podendo admitir-se a eficácia do negócio de cessão ainda que sem consentimento do devedor. É esta razão, também, que funda a possibilidade de o devedor opor ao cessionário todos os meios de defesa que detivesse em face do cedente <sup>(5)</sup>. Já não terá o

gem à categoria terá sido de GALVÃO TELLES, *Manual dos Contratos em Geral*, 4.ª ed., Reimp., Wolters Kluwer/Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 398 e ss. (n.ºs 220 e ss.) — v., esp., a n. 368 da p. 398. A categoria da legitimidade fez carreira na Faculdade de Direito de Lisboa. Ainda hoje o único estudo monográfico votado ao tema entre nós é, tanto quanto sabemos, o de MAGALHÃES COLLAÇO, “Da Legitimidade do Acto Jurídico”, BMJ 10 (1949), pp. 20-122. Não é de surpreender, pois, o acolhimento que a categoria recebeu nas obras de OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil. Teoria Geral*, II, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2003, pp. 107 e ss. (n.ºs 53-58), e de MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I-IV, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 15 e ss. (§ 2). Em Coimbra, v. MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, II, Reimp., Almedina, Coimbra, 2003, pp. 116-120. No direito alemão, v. VON TUHR, *Tratado de las Obligaciones*, I, Reimp., trad. espanhola, Editorial Reus, Madrid, pp. 143 e ss. (n.º 24), sobre o poder de disposição, um dos grandes subgrupos da legitimidade.

<sup>(4)</sup> Azo, *apud* MENEZES LEITÃO, *Cessão*, cit., p. 47.

<sup>(5)</sup> Fundámos o princípio do não agravamento da posição do devedor nas regras de legitimidade substantiva, em particular no princípio da relatividade dos contratos. Já a ideia de que não pode haver agravamento da posição do devedor *porque* não é parte do contrato de cessão é um dado adquirido: v. L. M. PESTANA DE VASCONCELOS, *A Cessão*, cit., p. 437. V., tb., por ex., LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, 14.ª ed., C. H. Beck, Munique, 1987, p. 586 (§ 34 IV), FIKENTSCHER/HEINEMANN, *Schuldrecht*, 10.ª ed., De Gruyter Recht, Berlim, 2006, p. 356 (§ 59 II B 2, n.ºm. 728), MEDICUS, *Schuldrecht I, Allgemeiner Teil*, 14.ª ed., C. H. Beck, Munique, 2003, p. 358 (§ 63 I, n.ºm. 728) e PETER APATHY, “Die Forderungsabtretung im österreichischen Recht”, em WALTER HADDING/UWE

cedente *legitimidade*, pois, para modificar unilateralmente, ou por acordo com o cessionário, o conteúdo da prestação: assim porque seria necessário, para tal modificação, obter o acordo do devedor/obrigado (406.º).

Por outro lado, também de legitimidade se tratará aquando da determinação do momento da transmissão do crédito, sob o *nomen* de titularidade de poderes de disposição sobre o bem. É o que se fará já em seguida.

## § 2. A CESSÃO DE CRÉDITOS FUTUROS

### I. Noção operativa de crédito futuro. Defesa da aplicabilidade do artigo 408.º para a determinação do momento da transmissão do crédito

A cessão pode ter por objecto crédito futuros: quaisquer créditos que ainda não integrem a esfera jurídica do alienante <sup>(6)</sup>. Não o definimos como crédito de que o alienante não possa dispor, pois desse modo considerar-se-ia como crédito futuro, por exemplo, o crédito presente que não pode, pela sua natureza, ser cedido. (577.º/1). A delimitação propugnada também não periga pelas regras da representação, já que, quando a declaração seja emitida por um representante, os efeitos da declaração repercutem-se directamente na esfera do representado.

Para determinar o momento da transmissão da titularidade do crédito, é corrente a defesa da aplicação do artigo 408.º, que tem por objecto a constituição ou transferência de direitos reais sobre coisa determinada <sup>(7)</sup>.

H. SCHNEIDER (org.), *Die Forderungsabtretung, insbesondere zur Kreditsicherung, in ausländischen Rechtsordnungen*, Duncker & Humblot, Berlim, 1999 [509-540], p. 520. O princípio do não agravamento da posição do devedor é, aliás, comum aos Direitos ocidentais: v. a conclusão de MENEZES LEITÃO, *Cessão*, cit. p. 280, com que encerra a análise de diversas ordens jurídicas. De relevo, tb., a aplicação deste princípio por CALVÃO DA SILVA, *Titul[ariz]ação de Créditos. Securitization*, Almedina, Coimbra, 2003, pp. 100-103 (n.º 37), aos casos de titulação de créditos. É neste sentido que se interpreta, de resto, a diferença de regime entre o Código Civil vigente e o Código de Seabra: neste, quanto às excepções a que o devedor pudesse recorrer, só se referia a compensação. V., sobre o ponto, MENEZES LEITÃO, *Cessão*, p. 163. Uma evolução, pois, no sentido dos princípios estruturantes de Direito civil.

<sup>(6)</sup> Por tratar fica a sua admissibilidade, que se dá por adquirida. V. L. M. PESTANA DE VASCONCELOS, *A Cessão*, cit., pp. 459 e ss., e MENEZES LEITÃO, *Cessão*, cit., pp. 418 e ss.

<sup>(7)</sup> MENEZES LEITÃO, *Cessão*, cit., pp. 287-289; CALVÃO DA SILVA, *Titul[ariz]ação de Créditos. Securitization*, cit., p. 36 (n.º 6); pp. 103-104 (n.º 38). O relevo da determi-

Todavia, como a referência específica a *coisa* exclui a aplicação imediata da disposição, é preciso apurar em que medida há identidade problemática entre as situações.

Em primeiro lugar, pode apontar-se a articulação que deve interceder entre aquela disposição e os artigos 879.º/a) e 895.º (este com paralelismo evidente com as regras do artigo 408.º/2), que não distinguem consoante o objecto da venda seja uma coisa (rigorosamente, o direito sobre a coisa) ou um direito de crédito. *Índices*, na verdade, que parecem pressupor uma identidade de sentido entre as situações, mas que não são, em si, suficientes.

É necessário iluminar o ponto em que ambas as realidades comungam: se bem vemos, modifica-se nas duas hipóteses, alienação de direito real e alienação de direito de crédito, a ordenação dominial. Quando as partes, por contrato, constituem obrigações, apenas as suas posições jurídicas — em primeira linha — estão em jogo. Todavia, ao autonomizar-se o direito à prestação, nasce uma situação dominial, que permitirá ao credor, à partida, dispor sobre o objecto da titularidade <sup>(8)</sup>, o direito. É aqui que se revela claro como a titularidade se traduz numa posição absoluta, no sentido de *desligada*, mas já não um direito com essa natureza <sup>(9)</sup>: é rela-

nação do momento da transmissão do crédito à luz do princípio da consensualidade é salientado por TROIANO, *La cessione di crediti futuri*, CEDAM, Pádoa, 1999, p. 448.

<sup>(8)</sup> Referimo-nos à *Rechtzuständigkeit*. V. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II-I, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 382-383 (§ 28.º, 117, VI), e *Tratado de Direito Civil Português*, II-IV, Almedina, Coimbra, pp. 213-214 (§ 22.º, 80, IV). V., tb., LARENZ, *Lehrbuch des Schulrechts*, cit., pp. 572-574 (§33 III).

<sup>(9)</sup> É aqui que divergimos de ASSUNÇÃO CRISTAS, *Transmissão Contratual do Direito de Crédito: do Carácter Real do Direito de Crédito*, Almedina, Coimbra, 2005, v. g., p. 533, ao colocar o enfoque na ideia de “propriedade do direito”, embora venha a preferir a designação de titularidade — mas com aquele conteúdo significativo (p. 537). Com a ideia de propriedade, pensamos, haveria uma dispensável duplicação de conceitos. Só configurando-se uns direitos reais, *também* reais quanto ao conteúdo, outros direitos reais, já de *crédito* quanto ao objecto... Em primeiro lugar, parece-nos que a titularidade não consubstancia um direito, mas a ligação entre este e o seu titular (nisto é que é situação absoluta). Por outro lado, a distinção entre direitos reais e direitos de crédito está longe de nos parecer ultrapassada. Poderá ter matriz sobretudo cultural, mas tem um conteúdo significativo de primeira leva [MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II-I, cit., pp. 420-423 (§ 31.º, 127, esp. V)]. Por não distinguir cabalmente titularidade e objecto do direito, a A. equaciona a aplicação, por exemplo, da acção de reivindicação aos direitos de crédito: “Na linha do que foi sendo dito, se se entender a titularidade do direito de crédito como uma posição activa oponível *erga omnes*, não se vê como negar ao titular desse direito, em abstracto, a possibilidade de o reivindicar.” (p. 517). Só que o sistema de direitos de crédito move-se com outro tipo de protecção: com a ideia de vínculo espe-

ção de pertença de um direito a um sujeito <sup>(10)</sup>, o credor, que passa a integrar estaticamente seu património. É este que se torna titular do poder de exigir ou não a prestação; é este que pode, assim o pretendendo, dispor sobre o direito. E, nisto, vislumbramos o ponto que procurávamos: se estamos perante posições jurídicas *autónomas*, releva a via que o ordenamento jurídico coloca ao dispor das partes para a sua transmissão — porque a força da vontade das partes, só por si, não releva em termos dominiais.

Assim chegamos ao artigo 408.º, que estatui a regra fundamental do nosso direito para a produção de efeitos reais sobre coisa determinada. É dizer: é a norma que dispõe sobre aqueles que são os direitos absolutos por excelência, em que a natureza absoluta não se deve somente à titularidade, mas advém do próprio conteúdo do direito, da posição de poder que este confere <sup>(11)</sup>. Fixando a relação entre a vontade das partes e alte-

---

cífico e não de poder genérico; com a ideia de relação *peçoal* e ligação especial, integrada objectivamente pelos ditames da boa fé, já não de patamar mínimo de defesa (cfr. CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Reimp., Almedina, Coimbra, 2007, pp. 270-287; 431-451). Há uma diferença qualitativa entre os dois quadrantes. Analisando o *iter* da A.: começa por caracterizar (bem) a titularidade como posição absoluta (p. ex., pp. 472 e ss.); da posição absoluta faz derivar, já ambiguamente, o carácter “real” dos direitos de crédito, fazendo abarcar na noção de “coisa”, por exemplo, a prestação (pp. 512 e ss.); deste “carácter real”, a nosso ver de modo improcedente, equaciona (dedutivamente) a aplicação do regime dos direitos reais, embora com algumas variações (pp. 539 e ss.). Claro está que há aqui um salto injustificado da titularidade (que não é um direito) para o objecto *dessa mesma titularidade* (o direito enquanto tal). V., v. g., as conclusões XII, XIV e XV, onde se salta titularidade do direito para a sua tutela, sem no ínterim se apontar qualquer fundamentação (p. 572-573). Salto discursivo que a A., parece-nos, não notou. Concluindo: os direitos de crédito não partilham da natureza dos direitos reais. A sua ligação à *pessoa*, por via da *titularidade*, é que se realiza do mesmo modo. [\*Nota posterior: ao encontro do exposto em texto, v., com grande claridade, STEPHEN SMITH, *Contract Theory*, Oxford University Press, Oxford, p. 77: “contract law is like property law in that it is fundamentally about the creation, rather than the protection of rights. Both contract and property specify ways in which rights can be created where none existed before, and both delineate the scope of those rights.”]

<sup>(10)</sup> V. g., ASSUNÇÃO CRISTAS, *Transmissão Contratual do Direito de Crédito*, cit., p. 473.

<sup>(11)</sup> MENEZES LEITÃO, *Cessão*, cit., pp. 287-288, justifica a aplicação do artigo 408.º por, em ambos os casos, se tratarem de negócios dispositivos, ainda que a cessão de créditos “tenha por objecto situações estritamente obrigacionais.” Parece-nos que o A., contudo, acaba por não identificar, num primeiro momento, o objecto (imediatamente) da venda: a titularidade do crédito enquanto tal, que está na base semelhanças que o Autor identifica na p. 287. Já num segundo momento, p. 287, identifica o direito — naquilo que merece a nossa inteira concordância — como o verdadeiro objecto da venda, enquanto bem “afecto

ração da ordem dominial, deve ter-se por princípio fundamental para a determinação do *sistema* de transmissão de bens que integrem um dado património. Ou seja, de como a *estática* da ordem jurídica opera *dinamicamente*: para se transmitir uma posição absoluta, de exclusividade, é sempre preciso algo mais do que a titularidade dessa simples posição. Procede, por isso, a defesa da aplicação desta norma, por aquilo a que se pode designar de *analogia mediata* <sup>(12)</sup>, aos negócios de disposição de créditos.

## II. Sentido do princípio da consensualidade. A alienação de um direito futuro e a constituição de uma preferência na afectação

O Código Civil português enquadra-se, quanto à transmissão de direitos reais, num sistema de título <sup>(13)</sup>. Assim depõe o artigo 408.º: a constituição ou transferência de direitos reais sobre coisa determinada dá-se por mero efeito do contrato.

Todavia, o núcleo deste artigo passa não só por, (a) quando o alienante seja titular do direito a transmitir, a transmissão operar, supletivamente <sup>(14)</sup>, por efeito do contrato (408.º/1), como também por, (b) quando

---

a um titular com exclusão de todos os outros.”. Contudo, divergimos novamente do A. ao afirmar afirma que tal põe em causa a configuração do direito de crédito como direito relativo: há que distinguir, na verdade, a titularidade enquanto tal, conforme tentámos caracterizar em texto, do objecto do direito. Bem ASSUNÇÃO CRISTAS, *Transmissão Contratual do Direito de Crédito*, cit., p. 537, ao afirmar que o objecto do negócio é a titularidade do direito.

<sup>(12)</sup> Compreendendo a norma jurídica como uma directriz que correlaciona uma hipótese com uma estatuição abstractas, o processo de aplicação do direito visa, sobretudo, encontrar para o *caso jurídico* um tratamento *análogo* ao oferecido pela norma/critério de decisão. Assim, “a norma jurídica abrange todos os casos que interpretativamente por ela possam ser regulados ou cuja decisão concreta possa encontrar nessa norma o seu fundamento e o seu critério normativo-jurídicos”, CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica*, Coimbra Editora, Coimbra, 1993, p. 267. Por isso se falou de *analogia mediata*.

<sup>(13)</sup> Cfr. MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, I, 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 2008, pp. 197 e ss.

<sup>(14)</sup> Veja-se ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, I, 10.ª ed., Reimp., Almedina, Coimbra, 2008, p. 304: “O princípio da transferência *imediate* do direito real constitui a regra dos contratos de alienação de coisa determinada (art. 408.º, I); mas não se trata de um princípio de *ordem pública*. É uma pura regra supletiva (...)”. Mais recentemente, ASSUNÇÃO CRISTAS/MARIANA FRANÇA GOUVEIA, “Transmissão da Propriedade de Coisas Móveis e Contrato de Compra e Venda”, em ASSUNÇÃO CRISTAS/MARIANA FRANÇA GOUVEIA/VÍTOR PEREIRA NEVES, *Transmissão da Propriedade e Contrato*, Almedina, Coim-

o alienante alienar bem de que ainda não seja titular, este se transmitir no momento em que o transmitente o venha a adquirir, independentemente de qualquer declaração de vontade adicional (408.º/2 — para a alienação de coisa futura; 895.º — para a venda de bens alheios). Assim, em formulação unitária, a transmissão do bem objecto da alienação opera, supletivamente, no momento em que o alienante possa dele dispor (quando tenha, pois, legitimidade para a disposição).

Veja-se seguinte hipótese: A vende dada coisa futura/direito futuro *x* a B. Dois dias depois vende a mesma coisa a C. A vem a adquirir o bem dez dias depois. Se não haverá dúvidas, à partida, sobre quem virá adquirir o direito (B), já mais complicada é a via a trilhar <sup>(15)</sup>.

Em primeiro lugar, pode considerar-se o princípio da prioridade temporal na constituição de direitos reais (prevalência), aplicável por analogia. Contudo, o contrato celebrado entre A e B não transmite *imediatamente* qualquer direito: assim porque A não pode transmitir um direito que ainda não existia (primeira vertente do princípio da consensualidade). Isto é, para o direito vir a nascer na esfera de B tem de se encontrar um outro fundamento, já que aquilo que se procura apurar é a esfera para a qual, precisamente, o direito se transmitiu. A solução passará, se bem vemos,

---

bra, 2001, pp. 54 e ss., esp. a conclusão da p. 61, e, nos mesmos termos, FERREIRA DE ALMEIDA, “Transmissão Contratual da Propriedade — Entre o Mito da Consensualidade e a Realidade de Múltiplos Regimes”, *Themis*, VI, n.º 11, 2005, [pp. 5-17], p. 9 (artigo que levanta um conjunto de questões que aqui não se poderão tratar) e ASSUNÇÃO CRISTAS, *Transmissão Contratual do Direito de Crédito*, cit., p. 429. No Direito francês, CHRISTIAN LARROUMET, *Droit Civil, Tome 2, Les Biens Droits réels principaux*, 3.ª ed., Economica, Paris, 1997, p. 216 (n.º 383): “En effet, le principe du transfert immédiat de la propriété, affirmé à l'article 1138 du Code Civil et repris en ce qui concerne la vente à l'article 1583, n'est pas un principe d'ordre public, ni même un principe simplement impératif.”, CHRISTIAN ATIAS, *Droit civil. Les biens*, 5.ª ed., Litec, Paris, 2000, p. 242 (n.º 193): “Les contractants seraient libres de retarder la naissance du droit de l'acquéreur jusqu'à l'accomplissement d'une formalité ou jusqu'au paiement du prix, par exemple.” V. ainda CLARA SOTTOMAYOR, *Invalidez e Registo*, Almedina, Coimbra, 2010, p. 183, esp. n.º 766, com remissão para diversas obras italianas. Aplicando esta orientação à cessão de créditos, MENEZES LEITÃO, *Cessão*, cit., pp. 319 e ss.

<sup>(15)</sup> V. uma exposição geral da problemática em MENEZES LEITÃO, *Cessão*, cit., pp. 426 e ss., em sentido algo diferente do apresentado em texto. VON TUHR, *Tratado de las Obligaciones*, I, cit., p. 144 (n.º 24.I), considera o princípio estrutural para o enquadramento dos actos dispositivos, afirmando, em *Tratado de las Obligaciones*, II, Reimp., trad. espanhola, Editorial Reus, Madrid, 1999, p. 303 (n.º 93.2.IV), que a questão se coloca em idênticos termos nos casos da cessão de créditos presentes e futuros, já que também nestas há perda de poderes de disposição do cedente.

pelo sentido a atribuir ao 408.º/2 — ou seja, pela segunda dimensão do princípio da consensualidade.

Deste modo, por efeito de contrato de compra e venda de um bem futuro, este transmite-se para o adquirente no preciso momento em que ingresse na esfera do alienante. Trata-se de uma transmissão automática <sup>(16)</sup>, independente da vontade de o alienante querer transmitir o direito nesse preciso momento. É certo que poderá incumprir a obrigação de adquirir o direito; todavia, adquirindo-o, não pode obstar à transmissão.

Ou seja, artigo 408.º/2 cria, por si próprio, uma esfera de afectação de um bem determinado a um património, operando por força da limitação convencional dos poderes de disposição do alienante, que, enquanto o contrato base produzir efeitos, não tem legitimidade para realizar, no momento em que venha a adquirir o bem, uma segunda transmissão <sup>(17)</sup>. O bem fica pré-ordenado, por força daquele negócio jurídico, à aquisição por parte do transmissário. A isto chamaremos de preferência na afectação de um bem. Trata-se do princípio da prioridade temporal, sem dúvida, mas por referência à constituição de preferências de afectação.

A segunda alienação fica sujeita (de A a C), por conseguinte, ao regime da venda de bens alheios (mais precisamente: da venda feita sem legitimidade para a alienação), com algumas precisões que não se podem, agora, realizar. Aplicando o critério, também a constituição de uma garantia real, como o penhor de créditos futuros, em momento posterior ao da celebração do contrato de cessão dos mesmos créditos, será ineficaz em face do cessionário destes <sup>(18)</sup>, na medida em que, antes *do momento ideal* em que são onerados com a garantia real <sup>(19)</sup>, ingressam no património do cessionário. Encontramos aquilo a que se pode designar de concurso de preferências na afectação de um mesmo bem. Inversamente, para oferecer novo exemplo, (i) havendo sido constituído um penhor de créditos futuros (ii) com posterior venda dos mesmos créditos, convoca-se o regime da

---

<sup>(16)</sup> MENEZES LEITÃO, *Cessão*, cit., p. 425.

<sup>(17)</sup> VAZ SERRA, “Cessão de Créditos ou de Outros Direitos”, *BMJ número especial* (1955), p. 38.

<sup>(18)</sup> Defendendo esta solução, MENEZES LEITÃO, *Cessão*, cit., p. 427; VAZ SERRA, “Cessão de Créditos ou de Outros Direitos”, cit., p. 39.

<sup>(19)</sup> L. M. PESTANA DE VASCONCELOS, *Direito das Garantias*, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 247-248 (n.º 23.5.1.II): “A questão é, em parte, paralela à da cessão de créditos futuros. A transferência só se opera (do crédito em si) quando o direito nasce. Neste caso, a constituição da garantia exige igualmente o nascimento do crédito”.

venda de bens onerados. Esta linha geral de orientação terá de ser articulada, no entanto, com as regras da notificação (art. 584.º), que por ora não podemos tratar.

### III. Limites da penhorabilidade do crédito

Afirmada a afectação de um determinado bem para aquisição por parte do adquirente de coisa futura, importa apurar se é penhorável.

Pela penhora adquire o exequente o direito a ser pago com preferência aos demais credores que não sejam titulares de garantia real sobre o bem: por isso se refere a acção executiva como um concurso de preferências e se atribuem à penhora, pelo menos, efeitos análogos aos dos direitos reais de garantia. Assim, da mesma forma que, conforme se disse *supra*, um penhor de créditos futuros só é oponível ao cessionário se constituído antes da cessão de créditos, a posição do cessionário não pode ser afectada por penhora posterior do exequente <sup>(20)</sup>. Não se justifica um tratamento mais favorável do exequente do que do credor pignoratício.

Em ambos casos tratam-se de preferências na afectação de um mesmo bem. A garantia real, ou a penhora (caso se entenda ter outra natureza), só se constituiriam quando o bem estabilizasse no património do cedente, o que não se chega a verificar por força da primeira *preferência de afectação*. Defender o inverso é que exigiria mais esforços argumentativos: justificar a prevalência de uma preferência na afectação posterior sobre uma anterior <sup>(21)</sup>.

Fica assim em evidência, de resto, como a cessão de créditos se traduz num fenómeno de *antecipação de riqueza*. Ressalva-se ainda, desde já, o importante papel que o artigo 821.º desempenhará, neste contexto, como norma de protecção de credores comuns.

<sup>(20)</sup> NÖRR/SCHYHING/PÖGGELER, *Sukzessionen, Forderungszession. Vertragsübernahme. Schuldübernahme*, Mohr Siebeck, Tübinga, 1998, pp. 112, 121.

<sup>(21)</sup> Julgamos, de resto, que é este o fundamento substantivo pelo qual o adquirente de bem sob reserva de propriedade pode recorrer a embargos de terceiro, por incompatibilidade com a sua “expectativa de aquisição”. Sobre o ponto, v. L. M. PESTANA DE VASCONCELOS, *Direito das Garantias*, cit., pp. 381-382 (n.º 28.10.II). Sendo mais preciso: é esta preferência na afectação que está na génese da chamada expectativa real de aquisição, defendida pelo A. citado. Para uma caracterização desta posição jurídica, atendendo aos seus efeitos, cfr. MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume III, 6.ª ed., Almedina, Coimbra, 2009, pp. 66 e ss.

### IV. A relação cedente/cessionário. Recorte do estado de afectação de bens

Assim, pelo contrato que tem por efeito a cessão, limitam-se os poderes de disposição do alienante, criando-se uma preferência afectação do bem futuro à aquisição por parte do adquirente (408.º/2). Nasce, da mesma forma, a obrigação do cedente praticar os actos necessários para a aquisição, advindo a fragilidade da tutela do adquirente do incumprimento desta mesma obrigação. Com a aquisição do crédito, este transmite-se automaticamente para o adquirente, não se podendo por isso falar, rigorosamente, de “obrigação de re-transmissão”.

Numa caracterização final, pode apontar-se que:

- a) Nas relações internas, nasce a obrigação de o cedente praticar os actos necessários para adquirir o crédito;
- b) No momento em que o cedente adquira o crédito, este transmite-se automaticamente para o cessionário;
- c) Nas relações externas, constitui-se uma preferência na afectação do bem a favor do cessionário <sup>(22)</sup>.

### V. Apreciação dos artigos 821.º e 1058.º do Código Civil à luz da doutrina exposta

Há duas disposições do Código Civil que podem colocar em causa a afirmação de existência de um estado de afectação. Veja-se, em primeiro lugar, o artigo 821.º, segundo o qual

[a] liberação ou cessão, antes da penhora, de rendas e alugueres não vencidos é inoponível ao exequente, na medida em que tais rendas ou alugueres respeitem a períodos de tempo não decorridos à data da penhora.

Todavia, aquilo que essencialmente se pretende com esta disposição, no entendimento corrente, é evitar a prática de actos fraudulentos: em

<sup>(22)</sup> TROIANO, *La cessione di crediti futuri*, cit., para caracterizar estas relações fala numa destinação automática do direito (p. 484) e recorre imagicamente à ideia de que o cessionário tem um direito ao direito (em sentido não técnico) (p. 483). Trata-se de um direito de crédito à titularidade de um direito. *Summo rigore*, e perdendo a imagem, um direito de crédito em face do cedente que tem por objecto a aquisição, por parte deste, do crédito que se transmitirá automaticamente.

particular o princípio geral de suspeita em relação aos actos que o falido pratique antes da insolvência <sup>(23)</sup>.

Ou seja, trata-se de paralisar aquele que seria um efeito normal da cessão de créditos futuros: a afectação do bem ao património de determinado sujeito. Estamos, por conseguinte, perante uma norma de protecção dos credores comuns.

Diferente é o caso do 1058.º:

A liberação ou cessão de rendas ou alugueres não vencidos é inoponível ao sucessor entre vivos do locador, na medida em que tais rendas ou alugueres respeitem a períodos de tempo não decorridos à data da sucessão.

Nesse caso, que vale para a sucessão entre vivos do locador, nota-se a carência de legitimidade deste último para, no momento em que deveria transmitir o crédito futuro, o alienar. O locador só pode alienar rendas e alugueres quando, no momento em que se constituem, for titular delas <sup>(24)</sup>. O que só se verifica enquanto mantiver a sua posição contratual (que advirá, em regra, de ser proprietário da coisa objecto de locação — o que oferecerá, nalguns casos, uma segunda via argumentativa) <sup>(25)</sup>. Se, na

<sup>(23)</sup> Anselmo de Castro, *apud* L. M. PESTANA DE VASCONCELOS, *A Cessão*, cit., p. 470, que adere à posição.

<sup>(24)</sup> VAZ SERRA, “Cessão de Créditos ou de Outros Direitos”, cit., pp. 39-41. Discordamos de MENEZES LEITÃO, *Cessão*, p. 428, ao afirmar que o “respeito pelo princípio da prioridade deverá determinar a prevalência da primeira disposição [sobre os créditos] sobre a segunda [que tem por objecto a posição contratual]”. Só assim seria caso, por força do primeiro contrato, houvesse uma qualquer *separação patrimonial*. Contudo, tudo aponta, apenas, para um condicionamento da legitimidade de disposição sobre aquele específico direito. VON TUHR, *Tratado de las Obligaciones*, II, cit., p. 303 p. 303 (n.º 93.2.IV), alerta, por seu turno, para que a eficácia da cessão depende da aquisição, por parte do alienante, da titularidade do crédito (ou seja, o preciso caso que vemos). V. ainda a p. 160 do tomo I (n.º 27.V). É esta, segundo informa MENEZES LEITÃO, *Cessão*, cit., p. 427 a posição dominante no direito alemão.

<sup>(25)</sup> Não nos distanciamos, neste ponto, de uma arguição como a de RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações*, II, Reimp., Almedina, Coimbra, 2001, pp. 521 e ss., e C. A. MOTA PINTO, *Cessão de Posição Contratual*, Atlântida Editora, SARL, Coimbra, 1970, p. 231, que se movem, contudo, nos quadros da teoria da transmissão, que rejeitamos. O artigo 1058.º não nos parece, como parece pretender ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, II, 7.ª ed, Reimp, Almedina, Coimbra, 2009, uma excepção à regra, mas sim projecção das regras gerais.

sucessão *mortis causa*, como aqui podemos notar nitidamente (interpretando-se a norma *a contrario*), haveria um *subingresso universal* dos sucessores do *de cuius* na posição deste último, e por isso a cessão continuaria a produzir efeitos, na alienação de um bem locado há um mero subingresso (*ope legis*) na posição de locador, já não enquanto parte do contrato pelo qual opera a cessão de créditos.

Recapitulando: a cessão de créditos futuros só é eficaz quando, no momento do nascimento do crédito, o alienante for titular do direito a transmitir. Para o vir a ser tem, em regra, de ser parte da relação contratual no seio da qual nasce o direito de crédito, o que vem a ser posto em causa pela alienação do bem locado e consequente sub-rogação do adquirente na posição de locador. O antigo proprietário, cedente, deixa de ter legitimidade, daí adiante, para transmitir os créditos.

Em sentido contrário, não se pode chamar novamente o artigo 408.º/2. É que dele só decorre que, *caso* o alienante venha a adquirir o crédito, este se transmitirá automaticamente para o cessionário. O cessionário é apenas titular de um direito de crédito em face do cedente, pelo qual este deve adquirir o direito a transmitir, embora reforçado pelo automatismo da segunda transmissão; não de uma posição de poder oponível *erga omnes*. Neste ponto aderimos à lição de C. A. Mota Pinto, ao defender, partindo desta disposição, a prevalência da posição do cessionário de posição contratual sobre a do cessionário de créditos <sup>(26)</sup>.

Ressalvam-se os casos em que haja sido transmitida uma posição jurídica autónoma: onde quer que se possa destrinçar uma posição autonomizável, a que se deva aplicar, por analogia, o regime dos negócios dispositivos sobre direitos subjectivos, a posição do seu titular não pode ser afectada, por força do princípio da relatividade contratual, por actos de que não seja parte. Parecem-nos, porém, hipóteses residuais, que só admitimos pela natureza *aberta e problemática* do pensamento jurídico. De resto, a contraposição entre as posições de ambos os cessionários afigura-se da maior relevância para aferir se é valorativamente adequado autonomizar a expectativa do contrato-base condicionante <sup>(27)</sup>.

<sup>(26)</sup> C. A. MOTA PINTO, *Cessão de Posição Contratual*, cit., pp. 392 e ss. Aceitamos somente, frise-se, a argumentação das pp. 395-396, já não das pp. 392-395, que resolvem problemas distintos. Contra, MENEZES LEITÃO, *Cessão*, cit., pp. 428-429.

<sup>(27)</sup> Alude-se ao que se tem designado de pensamento tipológico, em contraposição ao conceptual., a que J. OLIVEIRA GERALDES, *Tipicidade Contratual e Condicionalidade Suspensiva*, Wolters Kluwer/Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 265 (III, § 3.III), pp. 283

## VI. As hipóteses de aplicação do artigo 1184.º do Código Civil

Dentro das hipóteses da cessão de créditos, podem destringir-se dois grupos de casos: aqueles em que o cedente obtém os direitos objecto da alienação sem ter de realizar qualquer actividade adicional, daqueles em que tem, *v. g.*, de celebrar um contrato para a sua aquisição. São estes últimos que agora nos interessam: quando o cedente celebra um contrato (*v. g.*, compra e venda), que tem como objecto o bem que vendera ao cessionário como *futuro*, com o único fito de cumprir a obrigação de adquirir o direito.

Aqui, o contrato celebrado entre o *devedor* e o cedente afigura-se, funcionalmente, como integrativo da eficácia da transmissão do direito do cedente para o cessionário. O cedente só o celebra para transmitir o direito para o cessionário e só espera como contrapartida (jurídica) dessa aquisição o preço pago por este último. O objecto (economicamente) imediato da venda é o próprio esforço de comércio, de actividade de interposição nas trocas. O cedente nem sequer adquire para revenda: adquire, isso sim, para cumprir um contrato de compra e venda já celebrado, enriquecendo-se o seu património, na verdade, pela diferença entre o valor a que compra ao dever e aquele a que vende ao cessionário, *sem qualquer mediação* de um outro acto <sup>(28)</sup>.

Esta titularidade, que é meramente instrumental, leva, assim, à impenhorabilidade do bem, por força do artigo 1184.º, que se deve ter como princípio fundamental do nosso ordenamento em matéria de titularidade fiduciária <sup>(29)</sup>. Não se enquadrando a hipótese no âmbito precípua da problemática, impõe-se, por maioria de razão, idêntico tratamento: se, no caso do artigo 1184.º, há uma restrição com força meramente convencional dos poderes de disposição (no limite, o mandatário “pode”, depois de

e ss. (III, § 4), para enquadrar *tipos de expectativa*). Pensamento tipológico que parece traduzir o reassunção da analogia como estruturante do pensamento jurídico em Direito civil. V. PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos Atípicos*, Almedina, Coimbra, 1995, pp. 94-110, esp. pp. 97 e 110.

<sup>(28)</sup> De resto, esta proximidade de regime pode levar a dificuldades de qualificação do contrato como compra e venda *em lugar* da qualificação como mandato para aquisição, por, em ambos os casos, um sujeito celebrar determinados jurídicos *porque* está adstrito a fazê-lo por força de um outro contrato, para uma posterior aquisição dos bens, mediata ou imediata, por terceiro.

<sup>(29)</sup> Apoiamo-nos, quanto à titularidade fiduciária, na lição de L. M. PESTANA DE VASCONCELOS, *A Cessão*, cit., pp. 203 e ss., esp. p. 223, último parágrafo.

adquirir o bem, recusar-se a retransmiti-lo), na venda de direito futuro não se chega a este segundo degrau, na medida em que o direito, tendo sido adquirido pelo alienante, se transmite imediatamente para o adquirente. A titularidade, no caso da venda futura, não chega a ser precária: temporalmente não chega a existir, a ter relevância. Há, deste modo, um *puro* estado de afectação de bens, que se enquadra dentro da valoração que insufla o regime da titularidade fiduciária, não se justificando que o mandante que assume o risco fiduciário seja mais bem protegido do que o adquirente de direito futuro. Assim, tem-se o artigo 1184.º por aplicável nestas hipóteses.

## VII. As teorias da *Direkterwerb* (imediação) e da *Durchgangserwerb* (transmissão). Sua pertinência à luz do Direito português

Não se dispensa uma abordagem ao núcleo da discussão que, a este propósito, se trava no Direito alemão. No fundo, trata-se de saber, acerca do regime da cessão de créditos futuros, se há ou não transmissão imediata dos créditos do património do cedente para o do cessionário, num debate também já disseminado entre nós. De um lado, encontram-se aqueles que entendem que o crédito se transmite directamente da esfera do devedor para a do cessionário (teoria da imediação), quando haja sido transmitida uma posição jurídica autónoma; do outro quem entenda que o bem se transmite através da esfera do cedente (teoria da transmissão) <sup>(30)</sup>.

Para quem a admita, a transmissão imediata do direito para a esfera do cessionário só poderá ocorrer, diz-se, quando já haja uma posição jurídica autonomamente transmissível: “Os créditos futuros cedidos transmitem-se com o seu nascimento para o cessionário (transmissão directa), se ao tempo da cessão existia um fundamento para o seu nascimento na pessoa do cedente”, apontam Fikentscher/Heinemann. Pelo contrário, “não existindo nenhum fundamento para o nascimento [do direito], o cedente é o primeiro a tornar-se titular do crédito (aquisição mediata)” <sup>(31)</sup>.

<sup>(30)</sup> De fora ficam as teorias *puras* da imediação. Para o efeito, v. MENEZES LEITÃO, *Cessão*, cit., pp. 421-422.

<sup>(31)</sup> FIKENTSCHE/HEINEMANN, *Schuldrechts*, cit., p. 355 (§ 59, II, B, 1, a), n.ºm. 727): “Abgetretene *künftige* Forderungen gehen mit ihrer Entstehung unmittelbar auf den Zessionar über (“Direkterwerb”), wenn zur Zeit der Abtretung ein Rechtsgrund für die Ent-

Esta preocupação com a autonomia das posições jurídicas transmitidas radica, contudo, no facto de se exigir, no Direito alemão, a celebração de um negócio dispositivo (*Verfügung*)<sup>(32)</sup>. São as regras fundamentais para a disposição sobre direitos a reclamarem aplicação. Veja-se, assim, o excerto de Larenz: “A cessão de créditos só é, assim, eficaz, quando os créditos transmitidos pelo credor alienante, o cedente, lhe pertencem, e quando este pode dispor (*verfügt*) sobre eles”<sup>(33)</sup>. Ainda que, no momento em que o cedente venha a adquirir os bens, se possa falar numa transmissão automática, há-de convir-se que a declaração de insolvência, pela privação de poderes de disposição do insolvente que implica, levará à inclusão dos bens adquiridos na massa (o alienante tem de ter, ao menos idealmente, poderes de disposição no momento da transmissão).

Assim, não se pode ter por inquestionável a própria afirmação de que, por força da celebração do negócio de disposição, o cedente perde poderes de disposição sobre o crédito. Quando muito, terá apenas havido disposição sobre uma expectativa de aquisição<sup>(34)</sup>. Não surpreende, por isso, as dúvidas que se colocam quanto a este ponto<sup>(35)</sup>.

stehung in der Person des Zedent bestand. Gab es noch keinen solchen Entstehungsgrund, wird zunächst der Zedent Forderungsinhaber (“Durchgangserwerb”).

<sup>(32)</sup> A dependência, em larga medida, do debate sobre a expectativa jurídica — em sede geral — dos dados normativos do Direito alemão já foi notada por J. OLIVEIRA GERALDES, *Tipicidade Contratual e Condicionalidade Suspensiva*, cit., p. 276 (III, § 3.b).IV).

<sup>(33)</sup> LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, cit., pp. 575-576 (§ 34, I): “Der Abtretungsvertrag ist daher nur wirksam, wenn die abgetretene Forderung dem weichenden Gläubiger, dem “Zedenten”, zusteht, und wenn dieser über sie verfügen kann”.

<sup>(34)</sup> SCHREIBER, Comentário ao § 398 BGB, in AAVV (org: SIEBERT), *Soergel — Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Kohlhammer Kommentar), Band 5/3, Schuldrecht 3/3, §§ 328-432*, W. Kohlhammer, Estugarda, 2010, p. 446 (§ 398.5.c), n.º m 11) “Die Zession einer künftigen Forderung wird mit deren Entstehung wirksam. In der Zwischenzeit hat der Zessionar ein Anwartschaftsrecht, wenn die Entstehung der Forderung nicht mehr von einem Verhalten des Zedenten abhängig ist”.

<sup>(35)</sup> De um lado, neste ponto, v. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, cit., p. 585 (§ 34.III): “Die Abtretung einer künftigen Forderung ist eine Verfügung über ein noch nicht bestehendes Recht. Sie kann daher die gewollte Wirkung erst haben, wenn dieses Recht entsteht. Der Verfügende ist aber nunmehr gebunden, weil er seine Verfügungsbefugnis bereits ausgeübt und sich ihrer damit für den Fall der Entstehung der Forderung begeben hat. *Spätere Verfügungen sind daher unwirksam.*” Noutro sentido, MEDICUS, *Schuldrecht*, I, cit., p. 351 (§ 62.I.2.c), n.º m. 713): “Zweifelhaft ist, ob die Übertragung einer künftigen Forderung den Veräußerer sofort bindet ob er seine Abtretungserklärung noch widerrufen kann (für bindung Larenz (...) und h. M.; ich neige zur entgegengesetzten Ansicht)”. Há algo mais que se deve dizer: a vinculação definitiva do alienante logo por

Ora, no Direito português a problemática surge de diferente modo. Conforme temos procurado expor, o alienante perde poderes de disposição, não só quando dispõe de uma posição jurídica autónoma, como também quando o objecto da disposição é um bem *absolutamente* futuro — mas só os perde nos precisos termos do negócio base condicionante. Para o efeito podemos chamar, de novo, a segunda dimensão do princípio da consensualidade, raras vezes referida na sua formulação geral: por força daquele não decorre somente a transmissão do direito por mero efeito do contrato, decorre também, no preciso momento em que o alienante venha a adquirir o direito, a transmissão automática para o adquirente.

Colocando-se o problema em termos diferentes, fica por saber se aquela discussão se deve ter por despicinda. A resposta é negativa: onde a expectativa jurídica, *in casu*, se afigure como análoga a um direito subjectivo, oferecer-se-á o mesmo grau de tutela. Remete-se para o que já se disse<sup>(36)</sup>.

força do negócio dispositivo só parece explicável, ainda que não plenamente, com recurso ao princípio da consensualidade [temperado, até, pela ideia de causalidade. Os princípios da consensualidade e causalidade surgem, de resto, frequentemente acoplados — v. g., ORLANDO DE CARVALHO, *Direito das Coisas (do direito das coisas em geral)*, Reimp., Coimbra, Fora do Texto, Cooperativa Editorial de Coimbra, CRL, 1994, p. 265]. Na verdade, é dificilmente configurável um negócio *modal* de bens futuros: não há posição jurídica autónoma a transmitir. Aquilo que se verifica é o condicionamento de um negócio *abstracto* aos termos da transmissão *consensual* de bens: o que é um paradoxo. O bem futuro transmite-se nos precisos termos do negócio base. Ao menos no período de pendência, há que reconhecer este mesmo ponto. Só assim se compreende, também, a solução de Pöggeler, defendendo a teoria da imediação em todos os casos de cessão de créditos futuros (NÖRR/SCHYHING/PÖGgeler, *Sukzessionen*, cit., pp. 112-115 (§ 9.II); v., como contraprova, a posição de Eccius — v. p. 110 da ob. cit.). Na verdade, o sistema do *modo* tem poucas virtualidades quando se trate de créditos, onde se revela profundamente artificioso, sem conseguir oferecer enquadramento dogmático às soluções propugnadas. Qual seja o enquadramento que se dê, é o reconhecimento da vontade declarada das partes de dispor, sem necessidade de qualquer outro acto, que funda a translação (v. ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 12.ª ed., Coimbra, Edições Almedina, 2009, pp. 288-296, focado embora nos contratos de alienação de *coisa corpórea*). Deixamos o ponto em aberto para reflexões futuras.

<sup>(36)</sup> L. M. PESTANA DE VASCONCELOS, *A Cessão*, cit., pp. 475 e ss. Naturalmente que as partes não podem *criar*, por si próprias, expectativas jurídicas. A autonomia de uma posição jurídica é um dado heterónimo. V., com muito interesse, TROIANO, *La cessione di crediti futuri*, cit., pp. 493-494.

### § 3. O REGIME INSOLVENCIAL DA CESSÃO DE CRÉDITOS FUTUROS

#### I. Apreciação do artigo 115.º/1 do CIRE

Para a delimitação do regime insolvencial da cessão de créditos futuros, em especial da posição do cessionário na insolvência do cedente, deve considerar-se, em primeira linha, as disposições que a têm por objecto. Assim, há que apurar: *a)* qual o seu âmbito de aplicação; *b)* se delas se deve retirar algum princípio geral em matéria insolvencial.

Em primeiro lugar, encontramos o 115.º/1 do CIRE, segundo o qual

Sendo o devedor uma pessoa singular e tendo ele cedido ou dado em penhor, anteriormente à declaração de insolvência, créditos futuros emergentes de contrato de trabalho ou de prestação de serviços, ou o direito a prestações sucedâneas futuras, designadamente subsídios de desemprego e pensões de reforma, a eficácia do negócio ficará limitada aos rendimentos respeitantes ao período anterior à data de declaração de insolvência, ao resto do mês em curso nesta data e aos 24 meses subsequentes.

Aqui, a eficácia da cessão limita-se aos créditos futuros de uma categoria especial de prestações: prestações periódicas. Como tal, carece de alcance geral. Trata-se de uma disposição que tem por escopo compatibilizar o interesse do cessionário com o dos demais credores insolvenciais: paralisa, ao fim de 24 meses, a transmissão automática dos créditos ao cessionário pela esfera do cedente <sup>(37)</sup>, neutralizando um efeito normal da cessão.

#### II. Apreciação do artigo 115.º/2 do CIRE

Por seu turno, plasma-se no número 2:

A eficácia da cessão realizada ou de penhor constituído pelo devedor anteriormente à declaração de insolvência que tenha por objecto rendas ou alugueres devidos por contrato de locação que

<sup>(37)</sup> V. L. M. PESTANA DE VASCONCELOS, *A Cessão*, cit., pp. 473-474, embora nos termos da teoria da imediação.

o administrador da insolvência não possa denunciar ou resolver, nos termos, respectivamente, do n.º 2 do artigo 104.º e do n.º 1 do artigo 109.º, fica limitada, seja ou não o devedor uma pessoa singular, às que respeitem ao período anterior à data de declaração de insolvência, ao resto do mês em curso nesta data e ao mês subsequente.

Desta feita, temos a projecção insolvencial do artigo 821.º CC, de forma a garantir harmonia material do sistema. Numa segunda via argumentativa, afigura-se, de todo o modo, uma diferença estrutural entre esta disposição e a anterior quando o locador seja proprietário do bem locado: se, naquela hipótese, o cedente adquire “autonomamente” os créditos futuros (que ingressam num estado de afectação), neste caso só os adquire por intermédio da titularidade de um direito sobre uma coisa. Sendo o seu destino, à partida, a alienação no processo insolvencial, dificilmente se justificaria, pois, que a satisfação dos credores comuns dependesse do maior ou menor vagar na alienação (quando, aqui, se pretende afectar o direito sobre coisa, desde o início do processo, às finalidades da execução universal do património do insolvente).

#### III. Recorte de um regime geral para a cessão de créditos futuros: *a)* As relações entre cedente e cessionário

Desta disposição não parecer retirar-se o regime geral para a cessão de créditos futuros. Não se deve descurar, contudo, a possibilidade de uma sua aplicação a casos análogos, onde os haja. Posto isto, pode avançar-se para a delimitação do regime insolvencial *comum* da cessão de créditos futuros.

Recordamos agora que a cessão de créditos é um *efeito* de um contrato, operando, assim, sobre uma estrutura contratual. Deve-se então indagar, então, da sorte do contrato base <sup>(38)</sup>. Assim sendo, a primeira relação que devemos levar em conta é a aquela que se estabelece entre cedente e cessionário. Nesta, podemos distinguir analiticamente três hipóteses:

- a)* Já ter havido integral cumprimento por parte do cedente: hipótese que cai, por definição, fora do alcance do nosso trabalho, pois já se teria operado a transmissão do crédito;

<sup>(38)</sup> L. M. PESTANA DE VASCONCELOS, *A Cessão*, p. 438, n. 937.

- b) Já ter havido integral cumprimento por parte do cessionário. Aqui, (i) ou terá um crédito sobre insolvência, (ii) ou virá a adquirir o crédito, quando tenha havido, antes da declaração de insolvência, integral cumprimento por parte do cedente, mas o crédito ainda não se haja transmitido;
- c) Haver um negócio em curso nos termos do artigo 102.º CIRE <sup>(39)</sup>. Nestas circunstâncias deverá o administrador de insolvência optar pelo cumprimento do contrato ou recusá-lo <sup>(40)</sup>.

#### IV. Cont. b) As relações entre cedente e devedor

Consideram-se, em seguida, as relações que existam ou possam existir entre cedente e devedor. Assim, deve distinguir-se consoante as relações base devedor/cedente:

- a) Ainda não estejam constituídas: neste caso, a declaração de insolvência não produz quaisquer efeitos directos nestas *relações*, na medida em que são, precisamente, inexistentes. Poderá ocorrer a hipótese, contudo, de o administrador de insolvência, por ter optado pelo cumprimento do contrato cedente/cessionário, vir a celebrar um contrato do qual nasça o crédito a transmitir.
- b) Já o estejam. Nesse caso, há três hipóteses a dividir:
  - aa) Já ter havido integral cumprimento por parte do devedor — hipótese que cai fora do nosso alcance, pois, aí, o crédito já se haveria transmitido para o cedente e, simultaneamente, para o cessionário (salvo nos casos, que não abordaremos, em que haja diferimento do momento da transmissão do crédito para um segundo acto volitivo do cedente);

<sup>(39)</sup> Dispensamo-nos de referenciar os pressupostos de aplicação do artigo. Para o efeito, v. L. M. PESTANA DE VASCONCELOS, "O Novo Regime Insolvencial da Compra e Venda", RFDUP 3 (2006) [pp. 521-559], pp. 535 e ss.

<sup>(40)</sup> MENEZES LEITÃO, *Cessão*, cit., p. 435 *in fine*, parece oferecer esta solução todos os casos que se enquadrem no regime geral (com argumentos que, para os casos que versamos nesta alínea, nos parecem procedentes). Todavia, porque é fiel aos quadros da teoria de transmissão pela esfera do cedente, que já criticámos, o seu quadro operatório não consegue abarcar a solução que se propugna em § 3.III.b).

- bb) Já ter havido integral cumprimento por parte do cedente: o crédito integra a massa ou transmite-se para o cessionário consoante a sorte das primeiras relações;
- cc) Estarmos perante um negócio em curso: nestes casos, pode o administrador optar pelo cumprimento ou recusá-lo. Caso opte pela primeira hipótese, o bem transmitir-se-á imediatamente para o cessionário quando o administrador da insolvência também tenha optado pelo cumprimento daquele negócio <sup>(41)</sup> <sup>(42)</sup>.

#### V. Apreciação de possíveis objecções à doutrina exposta

A solução mais heterodoxa será, talvez, a de considerar que, tendo havido cumprimento por parte do cessionário, bem como por parte do cedente (i. e., faltando apenas o cumprimento por parte do devedor), o direito não vem a integrar a massa, transmitindo-se directamente da esfera do devedor para a do cessionário.

Quanto ao arrimo positivo, apontamos para o princípio geral consagrado no artigo 1184.º Mas deve avançar-se um pouco mais, colocando-se em evidência a bondade da linha valorativa seguida. É preciso, por um lado, diferenciar as hipóteses que exploramos das cessões de créditos periódicos; por outro, arguir a compatibilidade do que expusemos com o princípio fundamental da execução universal.

Ora, quer na cessão de créditos periódicos, quer na cessão de créditos futuros que se adquiram por força de contrato celebrado *para a sua aquisição*, há um aspecto em comum: por força do artigo 408.º/2, o alienante perde poderes de disposição sobre o bem. Assim porque os direitos ingressam no seu património com destino marcado, a transmissão (*hoc sensu*) *ope legis* para o património do adquirente. Com uma diferença

<sup>(41)</sup> Admitimos que o administrador da insolvência possa recusar o cumprimento perante o cessionário e optar pelo cumprimento de negócio em curso perante o devedor, porque, a partir do momento em que pode atacar os negócios em curso, perde-se a conexão necessária entre as duas transmissões. De outro modo, estar-se-ia a oferecer um tratamento insolvencial ao cessionário que não se vislumbra, em qualquer lugar, pretender-se conferir.

<sup>(42)</sup> NÖRR/SCHHEYING/PÖGGELER, *Sukzessionen*, cit., pp. 119-120: a tendência do Direito alemão é evoluir para a solução de atribuir uma maior liberdade de actuação ao administrador de insolvência, ao encontro do sentido que expusemos em texto.

estrutural, todavia: se, (i) no segundo caso, há um ciclo de duas transmissões concatenadas que colocam em evidência que, para aquele crédito, o património do cedente é *meramente* de afectação, sendo a celebração do contrato de que o devedor é parte realizada em função daqueloutro que o cedente celebrou com o cessionário (as relações devedor/cedente nascem *para o cumprimento* do contrato de cessão de créditos futuros), (ii) no primeiro a aquisição por parte do cedente dá-se *apesar do contrato* celebrado com o cessionário. Não há identidade problemática entre as situações.

Por outro lado, importa saber em que medida esta solução se compagina com o princípio da *par conditio creditorum*. Ora, (i) nos casos em que pensamos, aquilo que o cedente vendeu economicamente foi a sua actividade de interposição nas trocas. Uma eventual integração do bem na massa seria realizada do ponto de vista económico, na verdade, à custa do património do cessionário. Por outro lado, (ii) traçando o princípio da *par conditio creditorum* uma linha de destriça entre o período anterior e posterior à declaração de insolvência, é notório que, no caso que abordamos, cedente e cessionário já realizaram todos os actos necessários para o cumprimento das obrigações a que estavam adstritos antes do momento da declaração de insolvência, não sendo aquisição do bem, por parte do cessionário, realizada à custa dos demais credores. Pelo contrário: solução oposta é que levaria à satisfação das dívidas do insolvente à custa do cessionário, aplicando o princípio do tratamento igualitário dos credores a um período que não reclama a sua aplicação. Uma protecção de flanco é garantida, contudo, por via da possibilidade de o administrador poder resolver os actos prejudiciais à massa.

Poder-se-ia objectar, por fim, que, por força da declaração de insolvência (artigo 81.º/1 CIRE), a administração e disposição dos bens do insolvente ficariam a cargo do administrador da insolvência. O bem integraria a massa no momento em que se constituísse <sup>(43)</sup>. Ora, neste ponto da nossa reflexão, não se levantam dificuldades de maior em encontrar uma resposta (e abstraindo do artigo 1184.º): a alusão, neste caso, à perda de legitimidade do insolvente surge como extemporânea, pois o administrador não pode ter mais poderes do que aqueles que a lei lhe confere ou de que o insolvente fosse titular.

<sup>(43)</sup> V. VAZ SERRA, “Cessão de Créditos e de Outros Direitos”, cit., p. 41, e MENEZES LEITÃO, *Cessão*, cit., p. 435, *in fine*.

Termina-se, assim, o percurso pelo regime insolvencial da cessão de créditos futuros. Mas umas palavras mais se justificam. Não deve hoje o jurista deixar de procurar a unidade por entre uma progressiva fragmentação do Direito <sup>(44)</sup>, que ameaça pôr em causa, na sua projecção limite, a própria consistência do pensamento jurídico. Foi o que decisivamente procurámos, dentro do círculo da nossa reflexão: antes e para além dos diversos ângulos de abordagem, ter sempre em vista o Direito comum, horizonte último de compreensão do jurídico.

Possa o trabalho valer o esforço.

Faculdade de Direito da Universidade do Porto,  
20 de Junho de 2011

<sup>(44)</sup> Cfr. CASTANHEIRA NEVES, “O Direito hoje: uma sobrevivência ou uma renovada exigência”, RLJ 139.º (2009/2010) [202-221], pp. 202-204; FARIA COSTA, “Reflexões simples em torno do direito e da advocacia”, ob. cit. [354-456], p. 351.